



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Advokatfirmaet Hjort DA MNA

Postboks 471 Sentrum
0105 OSLO

Deres ref
KV

Vår ref
04/1638- SKV

Dato
20.01.2005

Klage fra Telenor Mobil AS over Post- og teletilsynets vedtak om spesiell nettilknytning for Forward Communications AS

Det vises til brev av 13. august 2004 med klage over Post- og teletilsynets vedtak av 22. juli 2004 om spesiell nettilknytning for Forward Communications AS (Forward).

Nedenfor gis en kort fremstilling av sakens bakgrunn. For en grundigere gjennomgang vises det til klagesakens dokumenter.

1. BAKGRUNN

1.1 Saksgang

Forward anmodet den 8. desember 2003 om tilgang med egen SMS-C¹ i Telenor Mobil AS (Telenor Mobil) sitt mobilkommunikasjonsnett. Telenor Mobil avslo å imøtekomme anmodningen ved brev av 11. februar 2004. Forward opprettholdt anmodningen ved brev til Telenor Mobil av 16. februar 2004. Forward kom ikke til enighet med Telenor Mobil på egenhånd, og ved brev av 27. februar 2004 henvendte selskapet seg til Post- og teletilsynet med krav om bistand i forbindelse med den fremsatte anmodning.

Tilsynet varslet partene i brev av 18. mai 2004 om at vedtak som påla Telenor Mobil å imøtekomme Forwards anmodning, ville bli truffet. Etter at sakens parter hadde kommentert varselet om vedtak, fattet tilsynet den 22. juli 2004 vedtak som påla Telenor Mobil å imøtekomme Forwards tilgangsanmodning. Vedtaket innebar at Telenor Mobil ble gitt frist til 1. september 2004 for å fremsette forslag til avtale om tilgang.

¹ Short Message System Centre

Telenor Mobil klaget ved brev av 13. august 2004 over tilsynets vedtak. Det ble samtidig anmodet om utsatt iverksettelse av vedtaket, noe departementet avsto ved beslutning av 2. september 2004. Forward har kommentert Telenor Mobils klage ved brev til tilsynet av 30. august 2004. Tilsynet oversendte klagesaken til behandling i departementet ved brev av 5. oktober 2004.

1.2 Nærmere om Forwards anmodning

Forward har anmodet Telenor Mobil om inngåelse av avtale om innplassering av Forwards egen SMS-C i Telenor Mobils nett. Forward vil benytte tilgangen til å levere SMS-tjenester til egne kunder og kunder i Telenor Mobils nett, samt tilby CPA-tjenester² til eksterne innholdsleverandører. Fakturering for bruk av tjenestene er planlagt løst ved at Forward etablerer sin egen faktureringsløsning, hvor brukerne oppretter en egen konto hos Forward som belastes ved bruk av tjenestene.³

1.3 Post- og teletilsynets vedtak

Tilsynet behandlet saken som en anmodning om "spesiell nettilknytning", jf. forskrift 5. desember 1997 nr. 1259 om offentlig telenett og offentlig teletjeneste (offentlignettforskriften) § 4-5, og konkluderte med at vilkårene for slik tilgang var til stede, herunder at anmodningen var rimelig. Tilsynet viste også til at Forwards anmodning dreide seg om samme type tilgang som Telenor Mobil ble pålagt å gi Teletopia AS (Teletopia) ved Samferdselsdepartementets vedtak av 18. januar 2002 (Teletopia-saken), og at kravet om ikke-diskriminering, jf. offentlignettforskriften § 3-2, dermed tilsa at tilsvarende tilgang måtte gis andre virksomheter som tilfredsstilte regelverkets øvrige krav i forhold til spesiell nettilknytning.

Vedtaket innebar at avtalevilkårene for tilgangen skulle fastsettes av partene etter kommersielle forhandlinger, under de rammer som er gitt i gjeldende regelverk, herunder at Telenor Mobil pliktet å levere tilgang til kostnadsorienterte priser. Utgangspunktet for avtalevilkårene skulle dessuten være Samferdselsdepartementets vedtak om vilkår for Teletopias SMS-C-tilgang av 24. oktober 2003. Eventuell endring av disse vilkårene skulle ha grunnlag i endringer i den faktiske situasjonen. Det ble videre presisert at Forward selv skulle fakturere for tjenester levert via selskapets SMS-C, og at selskapet skulle dekke alle Telenor Mobils kostnader forbundet med innplasseringen.

² Content Provider Access

³ Jf. Brev fra Forward til Telenor Mobil av 16. februar 2004.

1.4 Klage fra Telenor Mobil

Telenor Mobil hevder i klage av 13. august 2004 at det ikke foreligger rettslig og faktisk grunnlag for å pålegge selskapet å imøtekomme Forwards anmodning om spesiell nettilknytning. Det anføres i korthet at Forward ikke tilhører kretsen av tilbydere som har krav på tilgang etter offentlignettforskriften § 4-5, at anmodningen ikke er en "rimelig anmodning", samt at kravet om ikke-diskriminering, jf. offentlignettforskriften § 3-2, ikke tilsier at Telenor Mobil plikter å imøtekomme anmodningen.

For det tilfellet at vedtaket i Teletopia-saken skulle tilsi at Telenor Mobil plikter å gi Forward tilgang med egen SMS-C, anmodes departementet om å treffe vedtak om opphør av forpliktelsen, jf. ekomloven § 13-2, første ledd, siste punktum.

2. DEPARTEMENTETS VURDERING

2.1 Rettsgrunnlag

Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) avløste lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven) med forskrifter med virkning fra 25. juli 2003. I henhold til overgangsbestemmelsen i ekomloven § 13-2, vil forpliktelser som er pålagt tilbyder med sterk markedsstilling med hjemmel i eller i medhold av teleloven fortsatt gjelde, inntil markedsanalyser er gjennomført og nye enkeltvedtak med hjemmel i ekomloven er iverksatt.

Nye enkeltvedtak etter ekomloven som pålegger plikter på tilbydere med sterk markedsstilling, er ennå ikke fattet, og således gjelder de forpliktelser som følger av teleloven og offentlignettforskriften inntil videre. Dette innebærer at Forwards anmodning vil bli behandlet etter teleloven og offentlignettforskriften.

2.2 Spesiell nettilknytning

Det rettslige grunnlaget for Forwards anmodning om tilgang med egen SMS-C i Telenor Mobils nett er offentlignettforskriften § 4-5 om "spesiell nettilknytning". Med spesiell nettilknytning menes "tilknytning til andre nettermineringspunkter og på andre vilkår enn de standardtilbud som normalt tilbys." Det følger av offentlignettforskriften § 4-5, andre ledd, at tilbyder av tilgang til offentlig telenett, av offentlig telefontjeneste og overføringskapasitet med sterk markedsstilling, skal imøtekomme enhver "rimelig anmodning" fra "tilbyder av tilgang til offentlig telenett og av offentlig teletjeneste om spesiell nettilknytning".

Telenor ASA er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling i markedet for GSM/DCS mobiltelefoni.⁴ Datterselskapet Telenor Mobil plikter således, som tilbyder med sterk markedsstilling i det relevante marked, å imøtekomme Forwards anmodning om spesiell nettilknytning, såfremt: i) Forward kan anses som tilbyder av tilgang til offentlig telenett og av offentlig teletjeneste, og ii) den fremsatte anmodning kan anses rimelig. I det følgende vurderes om de nevnte vilkår er oppfylt.

2.2.1 Om Forward kan anses som "tilbyder av tilgang til offentlig telenett og av offentlig teletjeneste"

Telenor Mobil anfører i klagen at Forward må være "nettoperør" for å kunne ha krav på tilgang etter offentlignettforskriften § 4-5, andre ledd. Til støtte for denne tolkingen vises det til Samferdselsdepartementets vedtak av 22. desember 2003, hvor det ble tatt stilling til en anmodning fra Sense Communications ASA om spesiell nettilknytning for egen ruting av utenlandssamtaler. Ifølge klager uttaler departementet her at en forutsetning for å kunne inngå samtrafikkavtale etter "§ 4-5" er at man er nettoperør.

Departementet bemerker at klager på dette punkt har feilsitert nevnte vedtak, og at det i vedtaket står at en forutsetning for å kunne inngå samtrafikkavtale etter "§ 4-3" er at man er nettoperør.⁵ Da departementets uttalelse altså refererte seg til offentlignettforskriften § 4-3, og ikke til § 4-5, kan departementet ikke se at nevnte vedtak gir holdepunkter for å tolke bestemmelsen i strid med dens ordlyd.

Etter tilsynets oppfatning vil Forward være tilbyder av tilgang til offentlig telenett og offentlig teletjeneste dersom selskapet gis anledning til å innplassere sin egen SMS-C i Telenor Mobils nett, og via denne levere SMS-tjenester til sluttbrukere. Departementet deler her tilsynets vurdering. Selv om ordlyden i offentlignettforskriften § 4-5, etter departementets syn isolert sett taler for at den angitte tilbyderstatus må foreligge *innen* en tilgangsanmodning kan imøtekommes, vil dette virke urimelig i et tilfelle hvor anmoder er registrert som tilbyder og har gjort forberedelser og pådratt seg utgifter for å oppnå tilgangen.⁶ Det vises her til Samferdselsdepartementets vedtak av 3. desember 2004 om anmodning om tilgang med egen CPA-plattform i Telenor Mobils nett, hvor samme synspunkt er lagt til grunn.

Departementet konkluderer etter dette med at Forward tilhører kretsen av tilbydere som har krav på spesiell nettilknytning etter offentlignettforskriften § 4-5, andre ledd.

⁴ Jf. Post- og teletilsynets vedtak om sterk markedsstilling for Telenor ASA av 21. mars 2001.

⁵ Jf. Samferdselsdepartementets vedtak av 22. desember 2003, s. 5.

⁶ Forward ble registrert som tilbyder av offentlig telenett den 22. januar 2004, og betaler gebyr til Post- og teletilsynet.

2.2.2 Om anmodningen kan anses rimelig

Som følge av det resultat departementet er kommet til under punkt 2.2.1, må det tas stilling til om anmodningen fra Forward kan anses som "rimelig" i forskriftens forstand.

Telenor Mobil bestrider tilsynets rimelighetsvurdering, og anfører at det er lagt for stor vekt på departementets rimelighetsvurdering i Teletopia-saken.⁷ Det vises til at det må foretas en konkret rimelighetsvurdering i det enkelte tilfellet, og at denne ikke nødvendigvis blir sammenfallende med vurderingen i Teletopia-saken. Det fremheves i denne sammenheng at Forwards anmodning er fremsatt på et langt senere tidspunkt med andre markedsforhold enn da Teletopia ble gitt tilgang, samt at Telenor Mobil tilbyr alternative tilgangsformer som vil kunne tilfredsstillende Forwards behov. Videre vises til at Forward tilsynelatende har planlagt å benytte tilgangen til å tilby til dels andre tjenester enn det Teletopia tilsynelatende planla, og at det etter nytt regelverk ventelig ikke vil være rettslig grunnlag for å pålegge Telenor Mobil å imøtekomme anmodninger om SMS-C-tilgang.

Tilsynet har lagt til grunn at Forwards anmodning dreier seg om samme type tilgang som Telenor Mobil ble pålagt å imøtekomme i Teletopia-saken. Departementet deler denne oppfatning, og viser i denne sammenheng til Forwards henvendelser til Telenor Mobil av 8. desember 2003 og 16. februar 2004, hvor Forward uttrykkelig viser til Teletopia-saken og til Samferdselsdepartementets vedtak av 24. oktober 2003 om vilkår for Teletopias SMS-C-tilgang. Med bakgrunn i at departementet i Teletopia-saken vurderte anmodningen fra Teletopia til å være rimelig, uttrykker tilsynet at en vanskelig kan se at en tilsvarende anmodning fra en annen tilbyder ikke skulle anses å være rimelig.

Departementet bemerker at vurderingen av hvorvidt en anmodning er rimelig skal skje ut fra en bred helhetsvurdering i det enkelte tilfellet. Dette kommer til uttrykk i departementets merknader til offentlignettforskriften § 4-2 av 1997, og er senere gjentatt i St.meld. nr. 24 (1999-2000). Da denne sak omhandler en anmodning om samme type tilgang som i Teletopia-saken, og overfor samme part, er det åpenbart riktig av tilsynet å vektlegge rimelighetsvurderingen som der ble foretatt. I lys av klagers anførsler blir spørsmålet i det følgende hvorvidt det foreligger nye momenter som medfører at rimelighetsvurderingen i denne sak får et annet utfall enn i Teletopia-saken.

Telenor Mobil har påberopt at markedsforholdene ikke er de samme som da Teletopia ble gitt tilgang, og at dette må få konsekvenser for rimelighetsvurderingen. Tilsynet er av den oppfatning at konkurransesituasjonen i SMS-markedet ikke er endret i en slik

⁷ Jf. Samferdselsdepartementets vedtak av 18. januar 2002 om SMS-C-tilgang for Teletopia.

grad de senere år at dette påvirker rimelighetsvurderingen. Tilsynet viser også til at heller ikke den tekniske eller økonomiske utvikling tilsier at rimelighetvurderingen bør få et annet utfall. Departementet finner her å legge tilsynets vurderinger til grunn.

Med hensyn til alternative tilgangsformer har Telenor Mobil vist til at selskapets SMS-aksess-tilbud og CPA-tilbud vil gjøre det mulig for Forward å tilby den type konkurrerende tjenester som Forward planlegger. Etter Forwards vurdering gir de nevnte tilgangsformer ikke likeverdige markedsmuligheter, sammenlignet med innplassering av egen SMS-C.⁸ Departementet viser til at Forward har vurdert og forkastet alternative tilgangsformer som klager har tilbudt, fordi disse ikke vurderes som likeverdige. Departementet finner ikke grunn til å overprøve Forwards vurderinger på dette punkt, og en kan ikke se at det å ikke ville benytte seg av de aktuelle alternativene leder til at anmodningen må anses som urimelig. Heller ikke i Teletopia-saken fant departementet grunn til å overprøve anmoderens vurderinger av alternative tilgangsformer.

Klager har anført at Forwards planlagte bruk av tilgangen er annerledes enn den bruk Teletopia planla, og at dette må få konsekvenser for rimelighetsvurderingen. Tilsynet har her vist til at tilgang skal gis på likeverdige og objektive vilkår uavhengig av hva tilgangen skal benyttes til, og at det er uten betydning hvorvidt Forward vil benytte en SMS-C-tilgang annerledes enn det Teletopia planla. Departementet deler tilsynets vurdering på dette punkt.

Klager har påpekt at vi er inne i en fase med overgang fra teleloven til nytt regelverk for elektronisk kommunikasjon. Etter tilsynets vurdering er det "høyst usikkert" om det vil være rettslig grunnlag for å opprettholde den aktuelle type tilgangsforpliktelse pålagt med hjemmel i teleloven etter det nye regelverket. Dette begrunnes med at det på nåværende tidspunkt ikke er grunn til å anta at tilsynet vil definere relevante markeder for datatjenester i mobilnett etter ekomloven, og følgelig vil det da heller ikke bli utpekt noen tilbyder med sterk markedsstilling som blir pålagt særskilte forpliktelser i slike markeder. Usikkerheten med hensyn til fremtidig regelverk taler etter tilsynets vurdering likevel ikke mot at anmodningen må anses rimelig. Klager bestrider dette, og viser til at dersom det ikke er behov for denne type tilgangsregulering fremover, kan en heller ikke se at det kan være rimelig å pålegge denne type tilgang i dag.

I vedtak av 3. desember 2004 kom departementet til at en anmodning fra Forward om tilgang med egen CPA-plattform i Telenor Mobils nett ikke kunne anses å være en rimelig anmodning etter offentlignettforskriften § 4-5. I nevnte sak forelå det i samme grad usikkerhet knyttet til fremtidig rettslig grunnlag for tilgangsforpliktelsen, og departementet uttalte her at det ikke syntes rimelig å pålegge en *ny* tilgangsform under slike omstendigheter. Denne sak dreier seg imidlertid om en *eksisterende* tilgangsform

⁸ Jf. Brev fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange til Post- og teletilsynet av 30. august 2004, pkt. 2.3.2.

som Telenor Mobil allerede er pålagt å imøtekomme overfor en annen tilbyder. I et slikt tilfelle finner departementet ikke grunnlag for å fravike overgangsbestemmelsen, jf. ekomloven § 13-2, første ledd, som innebærer at forpliktelsene som er pålagt Telenor Mobil fortsatt skal gjelde inntil markedsanalyser er gjennomført og nye enkeltvedtak med hjemmel i ekomloven er iverksatt. Departementet ønsker imidlertid å vise til at konsekvensene av et eventuelt bortfall av det rettslige grunnlag for tilgangsforskriften i stor grad vil måtte bæres av Forward, bl.a. ved at alle kostnader for tilrettelegging for tilgangen normalt bæres av den som anmoder om tilgangen.

Departementet har i lys av ovenstående kommet til at det ikke foreligger nye momenter av en slik tyngde at rimelighetsvurderingen får et annet utfall enn i Teletopia-saken. Forwards anmodning anses dermed å være "rimelig" i forskriftens forstand.

2.3 Ikke-diskriminering

Ut fra at saken dreier seg om samme type tilgang som Telenor Mobil ble pålagt å imøtekomme overfor Teletopia, mener tilsynet at kravet om ikke-diskriminering, jf. offentlignettforskriften § 3-2, innebærer at Telenor Mobil plikter å gi andre virksomheter tilsvarende tilgang, såfremt regelverkets øvrige krav i forhold til spesiell nettilknytning er oppfylt. Klager har bestridt dette.

Ifølge offentlignettforskriften § 3-2 plikter tilbyder med sterk markedsstilling å tilby tilgang til offentlig telenett på ikke-diskriminerende vilkår. Telenor Mobil er tilbyder med sterk markedsstilling i det relevante marked, jf. ovenfor under punkt 2.2, og vilkåret om ikke-diskriminering gjelder således for Telenor Mobil når selskapet gir tilgang til sitt mobilnett. Kravet om ikke-diskriminering innebærer blant annet at det ikke skal diskrimineres mellom eksterne aktører.

Telenor Mobil har argumentert mot tilsynets vurdering ved å vise til at ulik vurdering av likeartede tilgangsansøkninger fra ulike aktører på ulike tidspunkter ikke nødvendigvis vil være i strid med ikke-diskrimineringsbestemmelsen. Departementet viser her til vurderingene ovenfor, hvor de nevnte forskjeller ikke fikk konsekvenser for ansøknings rimelighet. En kan da heller ikke se at forskjellene kan få konsekvenser for anvendelsen av ikke-diskrimineringsbestemmelsen. Klager har videre argumentert med at det under enhver omstendighet må tillegges vekt at Teletopia ikke lenger benytter seg av tilgangen. Selv om så er tilfelle bemerkes at Telenor Mobil i henhold til vedtaket i Teletopia-saken like fullt er forpliktet til å gi tilgangen. At Teletopia ikke har valgt å lenger benytte seg av tilgangen, kan etter departementets syn ikke lede til at prinsippet om ikke-diskriminering tilsesettes, idet dette ville virke tilfeldig og urimelig overfor Forward.

Departementet kommer etter dette til at også kravet om ikke-diskriminering, jf. offentlignettforskriften § 3-2, tilsier at Telenor Mobil plikter å imøtekomme Forwards anmodning.

3. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Departementet er på bakgrunn av ovenstående kommet til at vilkårene for spesiell nettilknytning, jf. offentlignettforskriften § 4-5 er tilstede, og at Telenor Mobil således plikter å imøtekomme Forwards anmodning tilgang med egen SMS-C i Telenor Mobils nett. Kravet om ikke-diskriminering, jf. offentlignettforskriften § 3-2, tilsier også at Telenor Mobil plikter å imøtekomme anmodningen. Med grunnlag i at departementet finner at Telenor Mobil plikter å imøtekomme anmodningen fra Forward, vil anmodningen fra Telenor Mobil om opphør av forpliktelse etter ekomloven § 13-2, første ledd, siste punktum, ikke bli nærmere vurdert.

Som det fremgår ovenfor råder det usikkerhet med hensyn til fremtidig rettslig grunnlag for tilgangsforskriften, og Forward løper således en risiko for at tilgangen kan bortfalle.

4. VEDTAK

Post- og teletilsynets vedtak av 22. juli 2004 stadfestes.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen


Jørn Ringlund e.f.


Sindre Kvammen

Kopi til:

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
Post- og teletilsynet